

PREÇOS PREDATÓRIOS: ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO COMO INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

O ordenamento jurídico, a teoria econômica e o desafio de distinguir entre condutas predatórias e condutas competitivas

*Bruno Vilhena Lana Peixoto**

SUMÁRIO

1. Introdução e Relevância do Tema
2. A Teoria Tradicional dos Preços Predatórios
3. Eficiência e Racionalidade: A Escola de Chicago e a Análise Econômica dos Preços Predatórios
4. Condições Estruturais do Mercado e Recuperação dos Prejuízos: Preços Predatórios na Suprema Corte Norte-Americana
5. Interação e Comportamento Estratégico: A Nova Justificação da Ilícitude dos Preços Predatórios com Fundamento na Teoria dos Jogos
6. Definição dos Elementos Necessários para Configuração da Prática de Preços Predatórios como Infração da Ordem Econômica
 - 6.1. Considerações Preliminares sobre o Direito Concorrencial Brasileiro
 - 6.2. A Limitação da Concorrência e o Prejuízo à Livre Iniciativa
 - 6.3. Recuperação dos Prejuízos - Inexigibilidade
 - 6.4. Condições Estruturais do Mercado
 - 6.5. Comportamento Estratégico da Empresa
 - 6.6. A Preservação da Eficiência
 - 6.7. Custo Variável Médio – O Teste de Areeda e Turner
 - 6.8. Justificativas para a Venda Abaixo do Custo Variável Médio
 - 6.9. Posição Dominante
 - 6.10. Intenção de Eliminar Concorrentes – Inexigibilidade
7. Conclusões
8. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO E RELEVÂNCIA DO TEMA

No âmbito das discussões sobre Política de Defesa da Concorrência, não há tema que desperte debates mais calorosos e acirrados do que o tema Preços Predatórios. A discussão permeia a literatura econômica relativa à organização industrial e ocupa posição de destaque nos principais tratados de

* Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da Europa¹. Discute-se a viabilidade econômica dos preços predatórios, suas consequências, os critérios para identificá-los, os meios de controlá-los e as razões que justificam sua ilicitude.

O debate data de 1958 quando foi publicado o clássico artigo de John S. McGee sobre o caso *Standard Oil*². As discussões desenvolvem-se no decorrer da década de 70 com os teóricos da Escola de Chicago; sofrem uma revolução nos anos 80 com a aplicação da Teoria dos Jogos; e voltam à tona, nos últimos dois anos, com a publicação, em 1999, da obra de John Lott Jr. intitulada *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?*³

No Direito da Concorrência Brasileiro, a **venda injustificada de mercadorias abaixo do preço de custo** está incluída no rol das condutas anticompetitivas passíveis de configurar infração da ordem econômica, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, e recebe, ainda, tratamento especial da Resolução nº 20 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A Resolução nº 20, emitida em 09 de junho de 1999, classifica a fixação de preços predatórios como prática restritiva horizontal definida como “*prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.*” Determina, ainda, a referida Resolução que: “*O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.*”

Apesar dos citados dispositivos legais, o debate acerca dos preços predatórios encontra-se incipiente em nosso país⁴. A presente monografia tem

¹ No Direito Norte-Americano, a conduta é proibida pela Seção 2 do Sherman Act e pelo Robinson-Patman Act. No Direito Comunitário Europeu, a fixação de preços predatórios é coibida pelo artigo 86 (a) do Tratado de Roma.

² MCGEE, John S. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case*, in *Journal of Law and Economics* 1, nº.1

³ LOTT JR., John R. *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?* The University of Chicago Press, 1999.

⁴ Entre os trabalhos publicados: DÖBLER, Sônia Maria M. *Infração à Ordem Econômica: Preço Predatório*, in *Revista do IBRAC*, vol. 3, nº. 5, 1997. BARRAL, Welber. *Dumping, Underselling e Preço Predatório*, in CADE. *Revista de Direito Econômico* nº 29, Jan./Jul. 1999. RAMOS, Marcelo de Matos. *Antitrust and Preda-*

por objetivo definir e clarificar os elementos que configurarão a prática de Preços Predatórios como infração da ordem econômica, em conformidade com a Lei 8.884/94, a Resolução nº 20 do CADE e com os princípios constitucionais da Ordem Econômica. Em nossa avaliação, estes elementos ainda se encontram sob penumbra no Direito Brasileiro. Várias indagações, ainda sem resposta⁵, surgem já a partir da análise da Lei 8.884/94 e da Resolução nº 20, como por exemplo:

1. O inciso XVIII do artigo 21 se refere à venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo. O que podemos depreender do termo “*injustificadamente*”? Quais são as justificativas plausíveis para a venda de mercadorias abaixo do preço de custo? Quais justificativas evitariam que tal conduta viesse a configurar infração da ordem econômica? Ou mesmo, existiria alguma justificativa para a venda abaixo do preço de custo caso tal conduta venha, de fato, limitar a concorrência e levar à dominação de mercado?

2. A Resolução nº 20 do CADE define preços predatórios como prática “*deliberada*” de preços abaixo do custo. Podemos considerar necessário, a partir de então, que fique demonstrada a intenção da empresa-agente em praticar a conduta predatória? Ou, ao contrário, seria tal dispositivo ilegal por contrariar o *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94 que afirma que “constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”?

3. A que espécie de “*custo*” se refere a Lei 8.884/94? A Resolução nº 20 do CADE se refere a custo variável médio, mas o que é e o que determina o custo variável médio?

4. A Resolução nº 20 recomenda que seja feita a análise do comportamento estratégico da empresa. Em que consiste esta análise? Como o comportamento estratégico pode afetar a livre concorrência?

5. Da mesma forma, a Resolução nº 20 afirma que devem ser avaliadas as condições objetivas de ganhos posteriores capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. Qual o sentido desta exigência?

tion - Reflections on the State of Art. Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho nº 5, Outubro 2000. Outros autores, como Calixto Salomão Filho e Elizabeth Farina tratam, incidentalmente, da matéria em suas obras.

⁵ Nenhum dos trabalhos citados na nota anterior, tem por objetivo a análise dos preços predatórios enquanto infração da ordem econômica em consonância com o Direito da Concorrência Brasileiro

Este trabalho almeja sugerir respostas a estas questões e a outras que surgirão no decorrer da exposição. **O objetivo maior será o de definir os elementos que caracterizam a prática de preços predatórios como infração da ordem econômica em consonância com os princípios constitucionais da Ordem Econômica e com a Lei 8.884/94.** Para tanto, será necessário proceder a uma análise: (i) da teoria dos preços predatórios, (ii) dos estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago e pela Teoria dos Jogos, assim como, (iii) dos julgados da Suprema Corte Norte-Americana e (iv) da jurisprudência do CADE.

O debate sobre Preços Predatórios, envolve discussões sobre os principais aspectos da Política de Defesa da Concorrência. O debate sobre Preços Predatórios envolve a discussão acerca dos valores tutelados pelo Direito da Concorrência; a discussão acerca da capacidade do ordenamento jurídico de distinguir entre condutas competitivas e condutas anticompetitivas; a discussão acerca da interação entre Direito e Economia; e a discussão fundamental acerca da capacidade ou incapacidade do mercado de se auto-regular. O debate sobre Preços Predatórios é, como definiu a *American Bar Association*, um verdadeiro **microcosmo do debate sobre o Direito da Concorrência**: “*The debate over predatory pricing is a microcosm of the debate over the basic issues of antitrust laws, the broader conflicts over the objectives of anti-trust laws, the role of economists, the free market's capacity to control anti-competitive behavior on its own, the legal system's capacity to distinguish between pro- and anticompetitive conduct.*”⁶

2. A TEORIA TRADICIONAL DOS PREÇOS PREDATÓRIOS

A concepção de preços predatórios surge a partir da idéia de que empresas detentoras de grande poder econômico podem reduzir os preços de seus produtos ou serviços, abaixo do preço de custo, por determinado período de tempo, de forma a (i) acarretar a falência ou quebra de suas concorrentes de menor porte que, incapazes de competir com tais preços, seriam forçadas a deixar o mercado (*exclusionary conduct*) ou, ainda, (ii) de forma a inviabilizar a entrada de novos concorrentes no mercado (barreira à entrada). Como consequência da drástica redução de preços e da quebra das concorrentes, tal empresa assumiria posição dominante ou passaria a usufruir de posição monopolística no mercado relevante. Os prejuízos incorridos, a curto prazo, em razão das vendas abaixo do preço de custo seriam compensados, a médio e a longo prazo, pelos ganhos auferidos, em um segundo momento, através da elevação significativa dos preços ou através da fixação de preços de monopólio.

⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION – ANTITRUST SECTION, *Predatory Pricing: Monograph 22*, ABA, 1996.

Para a consecução do objetivo de excluir concorrentes do mercado, a empresa predadora viabiliza a redução dos preços dos seus produtos abaixo do custo mediante a utilização de grandes reservas de lucros ou outras reservas financeiras ou, ainda, mediante recursos advindos do lucro com a comercialização de outros produtos em mercados distintos - fenômeno conhecido como utilização de subsídios cruzados. Note que, neste sentido, o CADE já se pronunciou para condenar a fixação de preços predatórios mediante a prática de subsídios cruzados. Assim afirmou a Conselheira-Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva: “*A venda injustificável de produto abaixo do preço de custo, compensando-se o prejuízo pela margem de lucro obtida na comercialização de outro produto constitui, em tese, infração da ordem econômica.*”⁷

A fixação de preços predatórios é definida como a *conduta que visa a exclusão de competidores e/ou a imposição de barreira à entrada de novos competidores no mercado com base na redução dos preços abaixo do preço de custo, com o objetivo de proteger ou adquirir poder de mercado.*⁸

3. EFICIÊNCIA E RACIONALIDADE: A ESCOLA DE CHICAGO E A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PREÇOS PREDATÓRIOS

A Escola de Chicago é definida por defender, essencialmente, três teses. A primeira diz respeito aos objetivos do Direito Antitruste. Segundo os teóricos de Chicago, o objetivo maior do Direito Antitruste consiste na maximização do bem-estar do consumidor. A segunda tese afirma que a economia é instrumento indispensável para a análise do impacto de condutas empresariais no mercado e das consequências de sua proibição ou permissão, em vista do bem-estar do consumidor. E, finalmente, a terceira tese, fruto da combinação das duas primeiras, afirma que a eficiência é o verdadeiro agente do progresso econômico, capaz de trazer os maiores benefícios à sociedade e ao consumidor.

A Escola de Chicago⁹, através da Análise Econômica do Direito, faz contundente crítica à teoria tradicional dos preços predatórios. Em 1958, McGee¹⁰ publica um artigo no recém-criado *Law and Economics Review* onde analisa a condenação da refinadora de petróleo Standart Oil Company, empresa de John Rockefeller, por monopolização do mercado mediante a fixação de preços predatórios. Com base na análise de dados do processo, McGee con-

⁷ Voto no Proc. Admin. nº0800.020787/96-62. Representante: Associação Brasileira da Indústria de Panificação. Representada: Associação Brasileira de Supermercados.

⁸ OCDE, *Predatory Pricing*. OCDE Paris, 1989, p.7

⁹ POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in University of Pennsylvania Law Review 127, 1979, p. 925.

¹⁰ *Op. cit.*

clui que a utilização de preços predatórios para conquista do mercado de refinamento de petróleo teria sido irracional e incapaz de atingir o fim almejado. Segundo McGee, a Standard Oil monopolizou o mercado, não por meio da fixação de preços predatórios, mas em virtude de eficiências e de diversas fusões e aquisições. As conclusões de McGee acerca da fixação de preços predatórios são desenvolvidas por outros autores como Bork¹¹, Demsetz¹² e Easterbrook¹³, segundo os quais, a fixação de preços predatórios seria, de fato, uma conduta **irracional e incapaz de gerar retornos** à empresa predadora, pelas seguintes razões:

(1) Em primeiro lugar, os prejuízos decorrentes da redução do preço das mercadorias abaixo do preço de custo são extramente elevados, uma vez que não basta que a empresa predadora reduza o preços das unidades já produzidas, mas que a empresa seja também capaz de **expandir sua produção** e vendê-la a preços abaixo do custo de forma a conseguir conquistar a parcela de mercado pertencente a seus concorrentes. Além disto, a empresa-predadora nunca terá certeza sobre quanto **tempo** deverá manter os preços em patamares tão baixos a ponto de acarretar a quebra de suas concorrentes, fato que causa incerteza acerca do volume dos prejuízos a serem contabilizados¹⁴.

(2) Em segundo lugar, a empresa-vítima dificilmente será excluída do mercado se obtiver recursos para se proteger contra a prática predatória. A empresa-vítima poderá obter financiamentos que a possibilite encarar a guerra temporária de preços. Poderá ter firmado, anteriormente, significativo volume de contratos de longo prazo com estipulação de preços lucrativos. Ou poderá, como último recurso, fechar as portas e esperar que os preços sejam elevados para, então, voltar ao mercado.

(3) Mesmo que a empresa-predadora tenha sucesso em causar a quebra das concorrentes, será necessário que tal empresa eleve os preços de forma a recuperar e compensar os prejuízos incorridos no período anterior, sendo, por vezes, necessário que ela pratique preços de monopólio de forma que sua estratégia se mostre lucrativa. Contudo, a

¹¹ *Op.cit*

¹² DEMSETZ, Harold. *Barriers to Entry*, in *American Economic Review* 72, n°. 1, 1982, p. 47

¹³ EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*, in *University of Chicago Law Review* 48, 1981, p. 263.

¹⁴ McGee chega a afirmar que a empresa predadora irá perder mais com a fixação de preços predatórios do que com a coexistência com as rivais. *Predatory Pricing Revisited*. in *Journal of Law and Economics* 23, n°.2, 1980, p.289.

prática de preços de monopólio pode se transformar em um incentivo para que **novos empresários** entrem no mercado e passem a praticar preços mais baixos em busca de novos consumidores e de afirmação no mercado. Neste contexto, a empresa-predadora, diante de novos empreendedores, se veria obrigada a reduzir, novamente, os preços abaixo do preço de custo o que a levaria a entrar em um ciclo de prejuízos infundáveis.

E mesmo que, hipoteticamente, a empresa-predadora detenha, por ventura, poder econômico de tal magnitude que a permita incorrer em prejuízos recorrentes e sem fim, o grande beneficiário deste cenário não será a empresa-agente, mas o consumidor que se deparará sempre com preços baixos; seja em virtude da tentativa da empresa predadora de eliminar seus concorrentes, ou, seja em virtude da entrada de novos concorrentes no mercado dispostos a competir com os preços de monopólio por ela impostos, em um momento posterior.

Ademais, a intenção de excluir as concorrentes do mercado não pode ser considerada como indício de conduta predatória e não pode ser utilizada como parâmetro para a caracterização da conduta predatória. Os expoentes da Análise Econômica do Direito, alertam para o fato de que a empresa pode almejar conquistar maior poder de mercado e eliminar suas rivais; e se assim o fizer, em virtude de maior eficiência e menores custos, não poderá ser oposta objeção racional a tal fato¹⁵. Seria, sim, irracional punir a empresa mais eficiente e incentivar a ineficiência em detrimento da eficiência. Richard Posner, afirma que: “*I believe that the most useful definition of predatory pricing is the following: pricing at a level calculated to exclude from the market an equally or more efficient competitor.*”¹⁶

De acordo com os autores da Escola de Chicago, a doutrina dos preços predatórios foi utilizada, em várias ocasiões, por concorrentes menores e menos eficientes, que, incapazes de concorrerem com empresas mais eficientes, as acusam de praticar preços predatórios. A doutrina dos preços predatórios estaria sendo, portanto, utilizada, erroneamente, para defender concorrentes, e não a concorrência, a eficiência ou o bem-estar do consumidor. Estes valores fundamentais do Direito Antitruste Norte-Americano estariam, na verdade, sendo prejudicados.¹⁷ Assim afirma Demsetz¹⁸: “*The attempt to re-*

¹⁵ POSNER, Richard A. *Antitrust Law – An Economic Perspective*. The University of Chicago Press, 1978, p.188

¹⁶ *Op. cit.*, p.188

¹⁷ Este seria um exemplo do Paradoxo de Bork. No mesmo sentido: DILORENZO, Thomas J. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Policy Analysis* 169, 1992.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 47

duce or eliminate predatory pricing is also likely to reduce or eliminate competitive pricing beneficial to consumers”.

É importante notar que o §1º do artigo 21 da Lei 8.884/94, introduz o conceito de eficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe o referido parágrafo: “*A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior **eficiência** de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II [dominar mercado relevante de bens ou serviços]*”. Entretanto, a preservação da eficiência e a defesa do consumidor não são os únicos valores tutelados pelo Direito Concorrencial Brasileiro e pela Constituição da República de 1988. Exploraremos esta questão, entretanto, no tópico 6 *infra*.

4. CONDIÇÕES ESTRUTURAIS DO MERCADO E RECUPERAÇÃO DOS PREJUÍZOS: PREÇOS PREDATÓRIOS NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Centenas de casos foram julgados nos Estados Unidos envolvendo alegações de preços predatórios, desde a promulgação do Sherman Act em 1890, havendo significativo número de condenações¹⁹. Nos últimos anos, a propagação das idéias da Escola de Chicago e as constatações da Análise Econômica do Direito, influenciaram decisivamente, a Suprema Corte Norte-Americana. Mediante o julgamento dos casos *Cargill Inc. vs. Monford of Colorado Inc.* (1986), *Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zenith Radio Corp.* (1986) e *Brooke Group Ltd. vs. Brown Williamson Tobacco Corp.* (1993), a Suprema Corte²⁰ fixou os seguintes requisitos para a configuração da prática de preços predatórios e para a conseqüente punição da empresa agente com base na Seção 2 do Sherman Act e do Robinson-Patman Act:

1. Deve ficar provado que a empresa acusada tenha de fato vendido mercadorias **abaixo do preço do seu custo variável médio**²¹;

2. Deve haver perspectiva razoável ou perigosa probabilidade²² de que a empresa acusada possa vir a **recuperar o prejuízo in-**

¹⁹ OCDE, *op. cit.* p. 39

²⁰ BOUDREAUX, Donald J., ELZINGA, Kenneth E. e Mills, David E. *The Supreme Court's Predation Odyssey: From Fruit Pies to Cigarettes*, in *Supreme Court Economic Review* 4, 1995, p. 57.

²¹ A questão do custo variável médio será analisada no tópico 6 *infra*, uma vez que a Lei 8.884/94 também o adota como um dos critérios identificadores da conduta predatória.

corrido mediante o aumento dos preços em um momento posterior²³. Para se apurar este requisito deve ser analisada a capacidade da empresa de expandir sua produção e conquistar nova parcela do mercado. Da mesma forma devem ser analisadas **as condições estruturais do mercado relevante** que incluem concentração e competitividade do mercado e existência ou não de barreiras à entrada.

Ressalte-se que, na decisão do caso *Brooke Group*, a Suprema Corte afirma que o objetivo do Direito Antitruste é proteger a concorrência e não os concorrentes, e que não há violação das leis antitruste caso a conduta não preencha os requisitos fixados, mesmo que tenha de fato ocasionado danos a determinados concorrentes ou mesmo a exclusão de um deles²⁴.

5. INTERAÇÃO E COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO: A NOVA JUSTIFICAÇÃO DA ILICITUDE DOS PREÇOS PREDATÓRIOS COM FUNDAMENTO NA TEORIA DOS JOGOS

No final da década de 80, são publicados nos Estados Unidos trabalhos de autores que, fundados na chamada Teoria dos Jogos, defendem a viabilidade econômica da prática de preços predatórios²⁵ e vislumbram a lógica motivadora de tal conduta.

A Teoria dos Jogos estuda a **interação e o comportamento estratégico** entre empresas em cenários de concorrência imperfeita. Nestes cenários, as empresas precisam tomar decisões com base em informações imperfeitas sobre as variáveis do mercado e sobre os objetivos de seus concorrentes. Nos modelos de concorrência imperfeita, as decisões dos agentes econômicos são capazes de afetar as decisões de outros agentes assim como as variáveis do mercado, como preço e quantidade produzida²⁶. De acordo com a Teoria dos Jogos²⁷, as constatações da Escola de Chicago estão fundadas na falsa suposição de que o mercado é um ambiente onde as empresas detêm completa e perfeita informação sobre os custos e os lucros dos concorrentes e onde os

²² *Reasonable prospect or dangerous probability*

²³ *Recoupment requirement.*

²⁴ *Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993)

²⁵ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, in *Journal of Economic Theory* 27, 1982, p. 280 e RASMUSEN, Eric. *Entry for Buy-out*, in *Journal of Industrial Economics* 36, 1988, p. 281

²⁶ RASMUSEN, Eric. *Games and Information: An Introduction to Game Theory*. Basil Blackwell. New York. 1989.

²⁷ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 281

agentes têm por objetivo único a maximização de seus lucros. A Teoria dos Jogos argumenta que esta não é a descrição do mundo real.

Sob a perspectiva da Teoria dos Jogos, vários estudos apontam para a existência de certa racionalidade por trás da aparente irracionalidade dos preços predatórios²⁸. A empresa predadora pode, através da redução dos preços abaixo do preço de custo, vir a estabelecer uma reputação de comportamento agressivo em relação à concorrência ou àqueles que tentarem invadir um de seus mercados impondo, assim, uma espécie **barreira à entrada** de novos empreendedores que diante da possibilidade de se depararem com uma guerra de preços impossível de ser vencida, optarão por não entrar no mercado. Milgrom e Roberts afirmam que: “*predation is practiced not because it is directly profitable to eliminate the particular rival in question, but rather because it may deter future potential entrants.*”²⁹

Segundo os citados autores, neste cenário de informação imperfeita e assimétrica, a empresa predadora pode, simplesmente, transmitir a falsa impressão de que é extremamente eficiente e que seus custos são muito mais baixos dos que os custos das demais concorrentes. Uma empresa que atue em mercados distintos pode adotar conduta predatória em um destes mercados ou em relação a um de seus produtos de forma a criar a reputação de empresa predadora e evitar que novos empreendedores invadam seus outros mercados. Os prejuízos em um dos mercados seriam compensados pelos lucros em outros. Diante da história de comportamento predatório, diante da reputação agressiva da empresa dominante e diante da falsa impressão sobre os custos e eficiências desta, novos empreendedores preferirão investir em outros setores onde inexistam predadores ou empresas “hiper-eficientes” e que apresentem, portanto, riscos menores e perspectiva de lucros maiores.

A partir de uma análise das estratégias, estes estudos argumentam que a racionalidade da fixação de preços predatórios, não está baseada, necessariamente, na possibilidade de recuperação de prejuízos mediante a fixação de preços de monopólio, mas, sim, na simples defesa e manutenção do poder de mercado.³⁰

É neste sentido que Resolução n° 20 do CADE, na vanguarda do Direito da Concorrência, recomenda que seja, no julgamento de casos de preços predatórios, analisado o comportamento estratégico da empresa acusada, com

²⁸ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 282

BAIRD, D., GERTNER R. e PICKNER R. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, 1994.

²⁹ *Op. cit.* p282

³⁰ MILGROM, Paul e ROBERTS John. *op. cit.*, p. 281

o intuito de estabelecer se esta, mesmo não tendo a perspectiva de recuperar os prejuízos decorrentes das vendas abaixo do preço de custo em determinado mercado, vem se utilizando de tal expediente para impor barreiras à entrada de novos concorrentes nos mercados onde atua ou, vem utilizando-se da prática de subsídios cruzados para financiar estas operações.

No julgamento do caso *Labnew versus Merck*³¹, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky afirmou:

*“(...) é preciso ver que a recuperação das perdas nem sempre é um objetivo imediato ou de curto prazo da empresas [que praticam preços predatórios]. Além disto parece patente que o receituário [da Escola de Chicago] tem como quadro de referência, firmas cujas receitas dependem da linha de produção de um só produto. Tenho minhas dúvidas se o **recoupment** seria uma condição **sine qua non** para a prática predatória no caso de firmas multiproduto, como é, em geral, o que acontece no mundo real. Nos casos concretos, a prática do subsídio cruzado pode se mostrar necessária como uma estratégia temporária para deslocar um concorrente incômodo.”*

6. DEFINIÇÃO DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA CONFIGURAÇÃO DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS COMO INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

6.1 Considerações Preliminares sobre o Direito Concorrencial Brasileiro

Não há, no Direito Concorrencial Brasileiro vigente, condutas anti-competitivas *per se* como se infere a partir da análise do *caput* artigo 21 da Lei 8.884/94 que, ao elencar as condutas passíveis de configurar infração da ordem econômica, preceitua: “As seguintes condutas, além de outras, **na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos**, caracterizam infração da ordem econômica.” Por este motivo, a venda injustificada de mercadorias abaixo do preço de custo não constitui, por si só, infração da ordem econômica, em conformidade com o Direito da Concorrência Brasileiro³². De início, é necessário que tal conduta, nos termos do artigo 20 da Lei 8.884/94, “*tenha por objeto ou possa produzir um dos seguintes efeitos*:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

³¹ A Labnew Indústria e Comércio Ltda. Apresentou, à SDE, representação contra a Merck S.A. Indústrias Químicas e sua subsidiária MB Bioquímica Ltda acusando-as de praticar preços predatórios no mercado de tubos paa coleta de sangue à vacuo.

³² Anteprojeto de Lei da Casa Civil da Presidência da República propõe a divisão das infrações em absolutas (*per se*) e relativas. De qualquer modo, a venda abaixo do preço de custo permanecerá como infração relativa.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Perante os citados dispositivos legais, extrairemos, a seguir, conclusões relevantes.

6.2 A Limitação da Concorrência e o Prejuízo à Livre Iniciativa

A fixação de preços predatórios deverá ser reprimida caso venha a **acarretar danos ou exclusão de um ou mais concorrentes**. A legislação brasileira é clara. O inciso I do art. 20 da Lei 8.884/94 se refere ao efeito de **limitar** a concorrência e ainda ao efeito **prejudicar a livre iniciativa**. Não encontra amparo no Direito Concorrencial Brasileiro, a posição da Escola de Chicago - reafirmada pela Suprema Corte Norte-Americana - segundo a qual a prática de preços predatórios, somente, traz danos à concorrência, se ficar provado que há possibilidade de que a empresa predadora venha a elevar extraordinariamente os preços ou venha a impor preços de monopólio, independentemente dos danos causados aos concorrentes. Ora, mesmo que, a empresa-predadora não consiga elevar os preços, em razão das condições estruturais do mercado, a exclusão de uma empresa do mercado ou a imposição de perdas extraordinárias aos concorrentes, mediante a fixação de preços abaixo do custo, produz ambos os efeitos: limita a concorrência e prejudica a livre iniciativa. O que importa, aqui, é que, ainda que não ocorra a dominação do mercado, a concorrência foi limitada e sofreu nítido prejuízo. Nas hipóteses de exclusão (real ou potencial) de concorrentes por meio da fixação de preços predatórios estaremos, indubitavelmente, diante de infração da ordem econômica passível de repressão nos termos da Lei 8.884/94.

Mas como responder à afirmação da Análise Econômica do Direito de que o grande beneficiário de um cenário de preços predatórios não será a empresa agente, mas o consumidor que se deparará sempre com preços baixos; seja em virtude da tentativa da empresa predadora de eliminar seus concorrentes, seja em virtude da entrada de novos concorrentes no mercado dispostos a competir com os preços de monopólio por ela impostos, em um momento posterior?

Inicialmente, este argumento pressupõe que novos empresários entrarão no mercado, imediatamente após a exclusão de concorrentes antigos, o que pode não acontecer, tendo em vista as condições estruturais do mercado e o volume dos investimentos necessário para dar início à produção e comercialização. Em segundo lugar, a maximização do bem-estar do consumidor não é, em nosso entendimento, o único valor tutelado pelo Direito da Concorrência

Brasileiro. A Lei 8.884/94 afirma em seu artigo 1º que: “*Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*” É impresindível notar que estes são princípios constitucionais da ordem econômica, nos termos do **artigo 170 da Constituição da República de 1988**. Todos estes princípios necessitam ser observados e valorados quando se tratar de regular o mercado brasileiro e de apurar a existência de infração à ordem econômica nacional. Haverá, em última instância, infração da ordem econômica nacional sempre que qualquer destes princípios deixar de ser resguardado.

6.3 Recuperação dos Prejuízos - Inexigibilidade

Face ao exposto, o critério da possibilidade de recuperação de prejuízos via elevação dos preços (*recoupment requirement*) não pode ser considerado como exigência indispensável para a configuração da fixação de preços predatórios como infração da ordem econômica. Neste contexto, a exigência feita pela Resolução nº 20 de que sejam avaliadas “*as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo*” deve ser vista com precaução. A avaliação das referidas condições deve ser considerada como um indicativo da existência da infração da ordem econômica, mas nunca como condição *sine qua non*, sob pena de acabar por permitir a limitação da concorrência e da liberdade de iniciativa, em decorrência da exclusão de concorrentes, por meio de artifícios anticompetitivos

6.4 Condições Estruturais do Mercado

Segundo a mesma linha de raciocínio, as condições estruturais do mercado, devem ser analisadas, mas não devem ser consideradas condições essenciais para se auferir a racionalidade e o malefício da prática de preços predatórios, como defende a Escola de Chicago.

Ao elaborar seu voto no caso *Labnew versus Merck*, o Conselheiro-Relator Mércio Felsky procedeu a minuciosa análise das condições estruturais do mercado relevante de tubos para coleta de sangue incluindo uma análise da estrutura da oferta, grau de concentração do mercado e existência de barreiras à entrada de novos competidores. Entretanto, o próprio Conselheiro reconheceu que: “*uma análise abrangente das condições estruturais do mercado, por*

si só, não permite uma presunção absoluta e conclusiva sobre a ocorrência ou não da prática de predação no mercado relevante.”³³

6.5 Comportamento Estratégico da Empresa

A partir da análise do artigo 20, inciso I da Lei 8.884/94 é possível concluir que deverão, também, ser punidas as empresas que se utilizarem da fixação de preços predatórios para criar uma reputação agressiva ou transmitir a impressão de que seus custos são significativamente menores, de forma a **falsear a concorrência** e afastar novos empreendedores de seus múltiplos mercados de atuação. *Falsear*, segundo o Novo Dicionário Aurélio³⁴, é enganar, atraiçoar; induzir em erro. Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência devem atentar para as empresas que detêm reputação de hipereficiência, uma vez, que, como constata a Teoria dos Jogos, em um ambiente de informações imperfeitas, tal reputação pode ser construída por meio da utilização de artifícios como a venda temporária de produtos por preço abaixo do custo. A análise do comportamento estratégico da empresa, recomendado pela Resolução nº 20, tem, por finalidade, apurar se esta vem se utilizando da prática de preços predatórios para falsear a concorrência.

6.6 A Preservação da Eficiência

Apesar das críticas feitas às constatações da Escola de Chicago e a sua aplicação ao Direito Concorrencial Brasileiro, é inegável que a Análise Econômica do Direito trouxe valiosa contribuição para o debate sobre a Política de Defesa da Concorrência.

A Análise Econômica do Direito tem o mérito de apontar para o fato de que o Direito Antitruste deve ser aplicado com precaução dentro de critérios rígidos amparados pela lógica econômica. Isto é especialmente verdadeiro em matéria de preços predatórios. Não há sentido ou racionalidade em punir empresas que pratiquem preços mais baixos que os concorrentes em virtude de inovações tecnológicas, de investimentos em pesquisa e aumento da produtividade, de melhores fornecedores ou melhor logística reponsáveis em última instância, por custos realmente mais baixos. Estaríamos, nesta hipótese punindo a empresa mais eficiente e incentivando, então, a ineficiência em detrimento da eficiência, da inventividade humana e do progresso científico-tecnológico.

³³ Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97

³⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1a. edição, 12a. impressão. Rio de Janeiro, 1983.

Neste ponto, concordamos com os teóricos da Escola de Chicago quando afirmam que é lícito a uma empresa excluir outras do mercado **em virtude de maior eficiência** (seja por meio de inovações ou maiores investimentos em tecnologia e aumento da produtividade). Veja que, esta é, também, uma hipótese de exclusão de empresa do mercado e de limitação da concorrência. Porém, há aqui uma limitação **lícita** da concorrência. Coibir tal limitação fundada na eficiência significa coibir, também, o progresso científico-tecnológico³⁵.

Neste sentido, o artigo 20, §1º da Lei 8.884/94 determina que: “*a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior **eficiência** de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II [dominar mercado relevante de bens ou serviços]*”

Em nosso entendimento, a conquista de mercado resultante de tal processo natural fundado na maior eficiência, não poderá caracterizar, tampouco, o ilícito do **inciso I** do artigo 20, no tocante à limitação da concorrência, pelos motivos acima expostos. Apesar de estar não expressa no texto da lei, esta é uma constatação lógica.

O que o Direito da Concorrência torna **ilícito** é a exclusão de concorrentes e a limitação da concorrência por meio de abuso do poder econômico - como ocorre na fixação de preços predatórios viabilizados por grandes reservas financeiras ou por subsídios cruzados - ou por meio de outras condutas e outros artifícios anticompetitivos.

Neste contexto, preços mais baixos do que os dos concorrentes ou preços abaixo da média dos preços das demais concorrentes não são preços predatórios se tiverem por base custos realmente menores, advindos de maior eficiência, mesmo que tais preços venham a acarretar a quebra de concorrentes. Os preços somente serão predatórios se estiverem abaixo do custo variável médio da **própria** empresa produtora/vendedora, pois nesta hipótese a empresa estaria, comprovadamente, incorrendo em prejuízos economicamente injustificáveis.

³⁵ Bork leciona: “*The problem is to know what exclusion is improper. All business activity excludes. A sale excludes rivals from that piece of business. Any firm that operates excludes rivals from some share of the market. Superior efficiency forecloses. Indeed, exclusion or foreclosure is the mechanism by which competition confers its benefits upon society. The more efficient exclude the less efficient from the control of resources, and they do so only to the degree that their efficiency is superior. Such exclusion is proper and beneficial. It is the task of antitrust to see that it continues to operate. Antitrust, therefore, must be able to distinguish efficiency exclusion from improper exclusion.*”

6.7 Custo Variável Médio – O Teste de Areeda e Turner

Afirmamos no item anterior que serão predatórios os preços que estiverem abaixo do custo variável médio da própria empresa produtora/vendedora, pois nesta hipótese a empresa estaria comprovadamente incorrendo em prejuízos **economicamente injustificáveis**. Esta constatação foi feita pelos autores americanos Areeda e Turner³⁶ que, já em 1975, recomendavam a utilização do custo variável médio, ao invés da intenção do agente, enquanto critério identificador da fixação de preços predatórios. Mas o que é custo variável médio?

Os custos totais, no curto prazo, de uma empresa podem ser divididos em custos fixos e custos variáveis. Os custos fixos são aqueles advindos dos imóveis, da planta da fábrica e das máquinas. Os **custos variáveis** são os custos advindos dos demais fatores como, por exemplo, matéria-prima e mão-de-obra e que variam de acordo com a quantidade produzida. São definidos como custos dos fatores variáveis de produção³⁷. De acordo com Areeda e Turner, na apuração do custo variável devem ser excluídos apenas os custos fixos e os custos advindos do pagamento de tributos incidentes sobre os imóveis, devendo ser computados, portanto, todos os demais custos incluindo os referentes à produção (i.e., matéria-prima e mão-de-obra), à pesquisa e ao desenvolvimento, ao gerenciamento, ao marketing e à publicidade³⁸.

Nenhuma empresa produzirá ou venderá se não tiver a expectativa de recuperar, ao menos, seus custos variáveis.³⁹ O **custo variável médio** é o custo variável total dividido pelo número de unidade produzidas/vendidas. Fixar o preço do produto abaixo do custo variável médio é incorrer em prejuízo absurdo e injustificável sob a perspectiva econômica⁴⁰. O custo variável médio é o principal critério identificador da fixação de preços predatórios. Estas constatações, propagaram-se, pelas cortes norte-americanas e européias, dando origem ao **teste de Areeda e Turner**, segundo o qual **preços abaixo do custo variável médio** devem ser presumidos como predatórios⁴¹.

³⁶ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in Harvard Law Review 88, 1975, p. 697.

³⁷ SCHOTTER, Andrew R. *Microeconomics – A Modern Approach*. Haper Collins College, p.189

³⁸ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *op. cit.* p. 697

³⁹ BORK, *op cit.*, p.150

⁴⁰ Para uma abordagem econômica do custo variável médio, vide SCHOTTER, *op. cit.* p. 171

⁴¹ AREEDA, Phillip, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Law & Business. 1995.

No caso *Labnew versus Merck*, o Conselheiro-Relator Mércio Fel-sky afirma em seu voto que não foi configurada a prática de preços predatórios e, conseqüentemente, a infração da ordem econômica porque os preços de venda da Merck estariam acima do custo variável médio. Entretanto, neste caso, o Relator aplicou de forma equivocada o teste de Areeda e Turner ao excluir do cálculo do custo variável médio os custos chamados por ele de “*despesas financeiras, de administração e de venda da empresa*”, sob a justificativa de que em se tratando de uma empresa que comercializa outros produtos farmacêuticos seria impossível determinar em que proporção tais despesas contribuiriam para o custo dos tubos de coleta de sangue à vácuo. Entretanto, a lógica e o êxito do teste de Areeda e Turner estão condicionados à inclusão de todas estas “despesas”⁴² no cálculo do custo variável.⁴³ Para se assegurar de que os custos da Reprintada estariam acima ou abaixo do seu custo variável médio, o Relator deveria ter requerido uma estimativa sobre a alocação destas despesas em relação à comercialização dos tubos de coleta de sangue à vácuo.

6.8 Justificativas para a Venda Abaixo do Custo Variável Médio

Se preços abaixo do custo variável médio devem ser presumidos como predatórios, que fatores poderiam contrariar esta presunção? A Lei 8.884/94 se refere à vender **injustificadamente** abaixo do preço de custo. Quais as justificativas para a venda abaixo do custo variável médio?

Não serão predatórios os preços promocionais, definidos como: preços praticados, por curto espaço de tempo, por empresas que acabaram de entrar no mercado ou acabaram de lançar novos produtos no mercado⁴⁴. Os preços promocionais são prática comum que não trazem prejuízo à concorrência, se praticados por **empresas nestas condições e, por curto período**.

Outras justificativas plausíveis surgem quando as empresas se deparam com situações nas quais precisam auferir, em curtíssimo espaço de tempo, qualquer receita, por menor que seja, para evitar prejuízos maiores como ocorre, por exemplo, nas liquidações (*clearance*) da moda inverno tendo em vista a chegada da estação quente. Outro exemplo, é a venda de passagens feitas, pelas empresas aéreas, nos momentos que antecedem o vôo, com o objetivo de ocupar lugares que, de outra forma, permaneceriam vazios. Estas situações não limitam a concorrência em virtude de sua excepcionalidade e de sua brevidade.

⁴² A diferenciação entre despesas e custos é uma diferenciação contábil, irrelevante para a teoria econômica.

⁴³ AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *op. cit.* p.697

⁴⁴ DEMSETZ, *op. cit.* p. 53

6.9 Posição Dominante - Inexigibilidade

De acordo com o Plenário do CADE, não é necessário que a empresa predadora exerça posição dominante no mercado para que venha praticar infrações da ordem econômica: “...a não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações da ordem econômica...”⁴⁵.

Não é necessário que a empresa detenha posição dominante para que a fixação de preços predatórios atinja os objetivos almejados, basta que detenha instrumentos para financiar a conduta tais como grandes reservas financeiras ou subsídios cruzados. Basta que a empresa tenha poder econômico suficiente para viabilizar a conduta predatória. Determinada empresa munida de tais recursos pode utilizá-los para conquistar maior poder de mercado, mediante a exclusão de concorrentes, ou ainda para conquistar novos mercados. A fixação de preços predatórios pode ser utilizada para proteger ou para conquistar poder de mercado⁴⁶.

6.10 Intenção de Eliminar Concorrentes – Inexigibilidade

A Resolução nº 20 do CADE define preços predatórios como prática “**deliberada** de preços abaixo do custo variável médio, **visando eliminar concorrentes** ...”. Entretanto, a intenção da empresa predadora não pode ser considerada como exigência indispensável para a configuração da prática de preços predatórios, uma vez que o *caput* do artigo 20 da Lei 8.884/94 que afirma que “constituem infração da ordem econômica, **independentemente de culpa**, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados” Ora, de acordo com a Lei 8.884/94 não há que se cogitar da culpa (e muito menos da intenção ou do dolo)⁴⁷ da empresa-agente para a caracterização de qualquer infração da ordem econômica. Estamos aqui diante de uma contraposição entre A Resolução nº 20 e a Lei 8.884/84. É preciso, então, recorrer ao Direito Administrativo e à Teoria do Poder Regulamentar segundo a qual **resolução**, tal como o regulamento, é o “*ato geral, de competência do Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da*

⁴⁵ Acórdão da Consulta nº 31/99, emitido em 31.03.99 e publicado no D.O.U. de 11 de maio de 1999.

⁴⁶ OCDE, *op. cit.*, p. 75

⁴⁷ Interpretação lógica da lei, segundo o princípio “*a minori ad majus*”. No Direito Comum, “se é vedado o menos, conclui que o será também o mais.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 18a. edição, Rio de Janeiro 2000.

Administração Pública”⁴⁸. De acordo com grandes administrativistas brasileiros, como Celso Antônio Bandeira de Mello, a resolução é dependente da lei e subordinada a esta, não podendo, de forma alguma contrariá-la ou ultrapassá-la sob pena de violar a Constituição da República de 1988 e o princípio da separação de poderes. Do mesmo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, professora titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo afirma: “*Em todas essas hipóteses [resoluções, portarias, deliberações, instruções], o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações (...) que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput da Constituição)*”⁴⁹. A Resolução nº 20 não pode, portanto, contrariar a Lei 8.884/94. E se o faz, incorre em ilegalidade e em violação da Constituição da República. Pelos motivos expostos deve, prevalecer a vontade do legislador, segundo a qual a intenção do agente é irrelevante na configuração das infrações da ordem econômica. A intenção não deve ser considerada, tampouco, como indício da existência de conduta predatória, pelos motivos já expostos no tópico 3 *supra*.

7. CONCLUSÕES

- As condutas anticompetitivas e as infrações da ordem econômica definidas pela Lei 8.884/94 ainda carecem de estudos detalhados e definições doutrinárias seguras. Este é um campo fértil e ainda pouco explorado no Brasil, tendo em vista sua importância e magnitude.

- O maior desafio do Direito Concorrencial é o de distinguir, com base nos efeitos produzidos no mercado, condutas competitivas e condutas anticompetitivas.

- Entre as condutas anticompetitivas, a fixação de preços predatórios é, indubitavelmente, a mais complexa e controversa. O debate sobre preços predatórios envolve a discussão sobre aspectos fundamentais da Política de Defesa da Concorrência como a discussão acerca dos valores tutelados pelo Direito da Concorrência; a discussão acerca da capacidade do ordenamento jurídico de distinguir entre condutas competitivas e condutas anticompetitivas; a discussão acerca da interação entre Direito e Economia; e a discussão fundamental acerca da capacidade ou incapacidade do mercado de se autorregular.

- Preços Predatórios podem ser definidos como *conduta que propicia a exclusão de competidores e/ou a imposição de barreira à entrada de novos*

⁴⁸ MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* Ed. Malheiros, 13ª edição São Paulo, 2000, p. 309

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 13ª edição, São Paulo, 2001, p. 89

*competidores no mercado, com base na redução dos preços abaixo do preço de custo, com o objetivo de proteger ou adquirir poder de mercado.*⁵⁰

▪ A prática de preços predatórios constitui abuso do poder econômico capaz de limitar e falsear a concorrência ou levar à dominação de mercado de bens ou serviços.

▪ A partir do estudo e da contraposição das idéias defendidas pela Escola de Chicago, das constatações da Teoria do Jogos e dos princípios constitucionais informadores da ordem econômica brasileira, buscamos definir os elementos que configuram a prática de preços predatórios como infração da ordem econômica.

▪ Não é necessário que a empresa detenha posição dominante no mercado para que, da fixação de preços predatórios, sejam emanados efeitos nocivos à concorrência, de forma, a configurar infração da ordem econômica. Basta que a empresa tenha poder econômico suficiente para viabilizar a conduta predatória.

▪ A prática de preços predatórios deve ser reprimida com o máximo zelo para se evitar que sejam punidas empresas, comprovadamente, mais eficientes que suas rivais.

▪ O principal critério identificador da fixação de preços predatórios no Direito Concorrencial Brasileiro é o custo variável médio. Preços abaixo do custo variável médio devem ser presumidos como predatórios e considerados aptos a configurar infração da ordem econômica uma vez que podem causar a exclusão de concorrentes do mercado ou a imposição barreiras à entrada de novos concorrentes.

▪ Não encontra amparo no Direito Brasileiro a exigência de comprovação da possibilidade de elevação dos preços em momento seguinte à adoção da conduta predatória para esta seja punível. Se a conduta tem o potencial de acarretar danos aos competidores e eventual exclusão destes do mercado deve ser reprimida, uma vez o Ordenamento Jurídico Brasileiro não tolera a exclusão de concorrentes do mercado por motivo outro que não a superior eficiência.

▪ Seguindo raciocínio análogo, a análise das condições do mercado deve ser utilizada apenas como fator indicativo da ocorrência da conduta predatória.

⁵⁰ Veja que, ao invés da definição da Resolução nº 20, adotamos a definição da OCDE uma vez que esta, ao contrário daquela, inclui também o efeito de imposição de barreiras à entradas e o objetivo de proteger poder de mercado..

▪A intenção de excluir os rivais é irrelevante para a a verificação da prática predatória, em função do disposto no artigo 20, *caput* da Lei 8.884, segundo o qual “*constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados...*”

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Predatory Pricing Law: A Circuit-by-Circuit Survey*, ABA, 1995.

_____. *Predatory Pricing: Monograph 22*, ABA, 1996.

AREEDA, Phillip, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Law & Business. 1995.

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis – Problems, Texts and Cases*. 5ª edição. Aspen Law & Business. 1997.

AREEDA, Phillip e TURNER, Donald F. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review* 88, 1975, p. 697.

AUSTIN, Page. *Predatory Pricing Law since Matsushita*, in *Antitrust Law Journal* 58, 1990, p. 895.

BAIRD, D., GERTNER R. e PICKNER R. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press. Cambridge, 1994.

BAKER, Jonathan B. *Predatory Pricing after Brooke Group: An Economic Perspective*, *Antitrust Law Journal* 62, 1994, p. 26.

BARRAL, Welber. *Dumping, Underselling e Preço Predatório*, in CADE. *Revista de Direito. Econômico* nº 29, Jan./Jul. 1999, p. 129-144.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. 2ª edição. The Free Press. 1993.

BOUDREAUX, Donald J., ELZINGA, Kenneth E. e Mills, David E. *The Supreme Court’s Predation Odyssey: From Fruit Pies to Cigarettes*, in *Supreme Court Economic Review* 4, 1995, p. 57.

BURNS, Malcolm R. *Predatory Pricing and Acquisition Cost of Competitors*, in *Journal of Political Economy* 94, nº..2, 1986, p. 286

_____. *New Evidence on Predatory Price Cutting*, in *Managerial and Decision Economics* 10, 1989, p. 327.

DARBY, Michael R. e LOTT JR., *Qualitative Information, Reputation and Monopolistic Competition*, in *International Review of Law and Economics* 9, n°.1, 1989, p. 87.

DEMSETZ, Harold. *Barriers to Entry*, in *American Economic Review* 72, n°. 1, 1982, p. 47

_____. *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*. North-Holland. New York. 1982.

DILORENZO, Thomas J. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Policy Analysis* 169, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 13ª edição, São Paulo, 2001, p. 89

DÖBLER, Sônia Maria M. *Infração à Ordem Econômica: Preço Predatório*, in *Revista do IBRAC*, vol. 3, n°. 5, 1997.

EASTERBROOK, Frank H. *Predatory Strategies and Counterstrategies*, in *University of Chicago Law Review* 48, 1981, p. 263.

_____. *On Identifying Exclusionary Conduct*, in *Notre Dame Law Review* 62, 1986, p. 972.

FARINA; Elizabeth M. Mercier; GARCIA, Fernando e ALVES, Marcel Cortez. *Padrão de Concorrência e Competitividade da Indústria de Materiais de Construção* Ed. Singular, São Paulo.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido, AZEVEDO, Paulo Furquim de e SAES, Maria Sylvia Macchione, *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações* Ed. Singular, São Paulo.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª. edição, 12ª. impressão. Rio de Janeiro, 1983.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1996.

_____. *Lei de Proteção da Concorrência*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio G. *Direito da Concorrência – Case Law*. Editora Singular. São Paulo. 2000.

JORDE, Thomas M., LEMLEY Mark A. e MNOOKIN, Robert H. *Antitrust*. Harcourt Brace Legal and Professional Publications. 1996

KOLLER, Rolland L. *The Myth of Predatory Pricing*, in *Antitrust Law and Economics Review* 4, n°.4. 1971, p. 105.

KWOKA JR., John E. e WHITE, Lawrence J. *The Antitrust Revolution*. 2ª edição. Scott Foresman. New York. 1994

LIEBELER, Wesley. *Wither Predatory Pricing? From Areeda and Turner to Matsushita.*, in *Notre Dame Law Review* 61, 1986, p. 1052.

LOTT JR., John R. *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?* The University of Chicago Press, 1999

MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à Economia – Princípios de Micro e Macroeconomia*. Editora Campus. Rio de Janeiro. 1999.

MARK, Isaac R. e SMITH, Vernon L. *In Search of Predatory Pricing*, in *Journal of Political Economy* 93, n.º.2, 1985 p. 320.

MCGEE, John S. *Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case*, in *Journal of Law and Economics* 1, n.º.1, 1958, p.137.

_____. *Predatory Pricing Revisited*, in *Journal of Law and Economics* 23, n.º.2, 1980, p.289.

MELLO Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* Ed. Malheiros, 13ª edição São Paulo,2000

MILGROM, Paul e ROBERTS John. *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, in *Journal of Economic Theory* 27, 1982, p. 280.

OCDE, *Predatory Pricing*. OCDE Paris, 1989.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4ª edição. Makron Books. São Paulo.1999.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law – An Economic Perspective*. The University of Chicago Press, 1978.

_____. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review* 127, 1979, p. 925.

RAMOS, Marcelo de Matos. *Antitrust and Predation - Reflections on the State of Art*. Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho n.º 5, Outubro 2000.

RASMUSEN, Eric. *Entry for Buyout*, in *Journal of Industrial Economics* 36, 1988, p. 281

_____. *Games and Information: An Introduction to Game Theory*. Basil Blackwell. New York. 1989.

ROBERTS, John. *A Signaling Model of Predatory Pricing*, in *Oxford Economic Papers (Supplement)* 38, 1986, p. 75.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. 1ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. 1998.

SCHOTTER, Andrew R. *Microeconomics – A Modern Approach*. Haper Collins College.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: Princípios Básicos – Uma Abordagem Moderna*. Tradução da 5ª edição americana. Editora Campos. Rio de Janeiro. 2000.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1993.

_____. *Direito Econômico das Propriedades*, 1ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1992.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 1968.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. e HARRINGTON JR. Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2ª edição. MIT Press. Cambridge. 1998.

WATSON, Andrew, *Predatory Pricing in the Software Industry*, in *Rutgers Law Review* 23 , n.º. 1, 1998.

YAMEY, Basil S. *Predatory Pricing Cutting: Notes and Comments*, in *Journal of Law and Economics* 15, n.º. 1, 1972, p. 129.